

El significado de ‘derecho’ y el concepto de derecho

The meaning of ‘law’ and the concept of law

Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ

Universidade de Santiago de Compostela

joaquin.rodriguez-toubes@usc.es

<https://orcid.org/0000-0003-0969-8647>

RECIBIDO: 21/09/2020 / ACEPTADO: 18/12/2020

Resumen: John Finnis defiende en *Natural Law and Natural Rights* una investigación conceptual y práctica del derecho que identifique su caso central y rechaza los intentos de formular un concepto común a teorías jurídicas descriptivas rivales. Este estudio cuestiona ese enfoque metodológico y argumenta que formar un concepto neutral de derecho es un objetivo teórico sensato e importante; y que el significado común de la palabra «derecho» es un punto de partida viable para alcanzarlo. El método del caso central es inadecuado para una teoría jurídica descriptiva porque aplica una interpretación de dicha centralidad surgida de una concepción determinada del derecho; y excluye que pueda tener el valor negativo descrito por otras concepciones rivales. El método del caso central sería idóneo si el derecho fuera un fenómeno específico descrito y bautizado en el pasado y que es ahora la referencia precisa de «derecho». Pero la prevalencia de desacuerdos teóricos hace esta hipótesis inverosímil y sugiere que el derecho es lo que los grupos humanos han venido reconociendo como tal históricamente, tal como se refleja en el uso de la palabra «derecho» y de sus equivalentes.

Palabras clave: derecho (concepto), teoría jurídica, metodología, descripción

Abstract: John Finnis advocates in *Natural Law and Natural Rights* a conceptual and practical investigation of law that identifies its *central case* and rejects attempts to formulate a concept common to competing descriptive legal theories. This study questions this methodological approach and argues that forming a neutral concept of law is a sensible and important theoretical objective; and that the common meaning of the word «law» is a viable starting point for achieving it. The *central case* method is inappropriate for a descriptive legal theory because it applies an interpretation of that centrality that arises from a particular conception of law; and it excludes that law could have the negative value described by competing conceptions. The central case method would be apt if law is a specific phenomenon described and named in the past which is now the precise reference of «law». However, the prevalence of theoretical disagreements makes this hypothesis implausible and suggests that law is what human groups have historically recognised as such, as reflected in the use of the word «law» and its equivalents.

Keywords: law (concept), legal theory, methodology, description

I. INTRODUCCIÓN

Una de las más celebradas aportaciones a la teoría del derecho del libro de John Finnis *Natural Law and Natural Rights*¹ (en adelante, *NLNR*) es la discusión metodológica de su primer capítulo. Tras anunciar

¹ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980. Se cita por la 2.ª ed. de 2011, que conserva la paginación original y añade un *Postscript*. Hay trad. de Cristóbal Orrego: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

como objetivo identificar las exigencias de la razonabilidad práctica que hacen necesarias y justifican las instituciones del derecho humano, el libro expone en su segundo párrafo lo que parece ser su premisa metodológica: «un teórico no puede hacer una descripción teórica y un análisis de hechos sociales sin participar también en la tarea de valoración, de entender qué es bueno realmente para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica». Por desgracia este planteamiento ha despistado a algunos lectores del libro, entre los que debo contarme. Porque esa tesis no es la premisa de una investigación desarrollada en el libro sobre la mejor descripción del derecho, sino una idea que se defiende en el Capítulo I y que en él se agota. Y es que *NLNR* no es, como algunos creímos ver, una contribución teórica a la descripción del derecho²; sino más bien una investigación sobre qué y cómo debe ser el derecho para aprobar su obediencia.

La verdad sea dicha, las claves de la comprensión correcta del capítulo I siempre estuvieron a la vista. Hacia su final, en la página 18, dice que cabe desarrollar una teoría iusnaturalista sin el propósito principal de «proporcionar un marco conceptual justificado para la ciencia social descriptiva», sino «*como este libro*, primordialmente para asistir a las reflexiones prácticas de los implicados en actuar, sea como jueces, como estadistas o como ciudadanos». Originalmente «*como este libro*» no estaba en cursiva, pero Finnis la añade en su *Postscript* del libro para despejar el malentendido de que la discusión metodológica del primer capítulo es «un preliminar necesario» a la teoría jurídica,

² En un estudio que publiqué hace unos años sobre su filosofía jurídica escribí que Finnis no pretendía definir el derecho, pero añadí que «declara compartir [con el positivismo jurídico] un interés descriptivo contrapuesto al interés normativo de la teoría jurídica de Dworkin» [RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El iusnaturalismo de John Finnis», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 10, 1993, pp. 375-406; p. 378]. Esa interpretación fue un error, porque ni Finnis tenía un interés descriptivo, ni declara tenerlo. También alude a «la afirmación del propio Finnis de que está desarrollando un proyecto descriptivo»: RODRÍGUEZ-BLANCO, V., «Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence», *Legal Theory*, vol. 13, n. 3-4, 2007, pp. 257-283; p. 263. El malentendido se debe a algunas frases del libro; sobre todo a la nota en la página 21 donde dice que Dworkin tiene un interés teórico normativo en su debate con Hart y Raz y no percibe que el de ellos es «describir lo que en una comunidad dada en un momento dado se trata (esto es, se acepta y es efectivo) como derecho, y en generar conceptos que harán posible que tales descripciones sean claras y explicativas». La nota subraya que si bien para describir es necesaria una teoría normativa general que desarrolle los conceptos, ello no impide dar a dichos conceptos un uso descriptivo. Mi error fue tomar esas observaciones como un reproche a Dworkin, ya que Finnis *también* tiene un interés normativo.

socio-política y moral que le sigue³. Partimos, entonces, de que el célebre capítulo I de *NLNR* no es un prolegómeno metodológico del resto del libro, sino un argumento relativamente independiente que pretende poner de relieve deficiencias en el enfoque positivista como método para describir y analizar conceptualmente el derecho. Aunque Finnis sugiere que la teoría normativa iusnaturalista es capaz de remediar esas deficiencias, su objetivo en *NLNR* no es perfeccionar la descripción del derecho, sino aplicar la teoría iusnaturalista a un fin genuinamente normativo: reconocer el derecho que, según el juicio de la razón práctica, debe ser establecido, mantenido, impuesto y obedecido en y por una comunidad determinada.

El método que defiende el primer capítulo de *NLNR* como alternativa del enfoque positivista para describir y analizar el derecho consiste en abandonar la pretensión de neutralidad valorativa y de objetividad y seleccionar y adoptar un criterio normativo de *razonabilidad práctica* para identificar un *caso central* de derecho que está justificado obedecer y que es el *significado focal* de «derecho». El método propuesto parece combinar dos pesquisas que convergen en el mismo punto. Por un lado, un razonamiento práctico sobre la necesidad y la justificación del derecho y de sus elementos distintivos (sus normas, sus procedimientos, sus instituciones...), que lleve a identificar las manifestaciones del derecho que –por ser necesarias y estar justificadas– son paradigmáticas y constituyen su *caso central*, distinguible de otras manifestaciones marginales o periféricas. Por otro lado, una investigación del significado de «derecho» capaz de discriminar un sentido principal o *focal*, que captura lo más distintivo del fenómeno nombrado, respecto de otros secundarios o subordinados. No obstante, aunque Finnis habla del «significado focal» y del «caso central» como dos caras del mismo método, sus explicaciones tratan casi exclusivamente del fenómeno jurídico y obvian las consideraciones lingüísticas⁴. Su interés

³ FINNIS, J., *Postscript* a la 2.ª ed. de *NLNR*, *op. cit.*, p. 417. *Cfr.* p. 418: «En otras palabras, el interés del libro después del Capítulo I es normativo, práctico, moral. La descripción es desde entonces subordinada [...]».

⁴ *NLNR*, *op. cit.*, p. 9 cita a Aristóteles como iniciador del método del «significado focal», con su tesis de la relación *con una cosa* [*πρὸς ἓν, pros hen*]. Según *Metafísica*, IV.2, 1003a35 una expresión como ‘algo que es’ o como ‘sano’ «se dice en muchos sentidos, pero en relación con una sola cosa y una sola naturaleza y no por mera homonimia» [ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de T. Calvo, Gredos, Madrid, 2000, pp. 150-151; *cfr.* p. 152: «en relación con un único principio»]. Se discute si para Aristóteles hay «homonimia» cuandoquiera que varias cosas tienen el mismo nombre o solo cuando ocurre accidentalmente y no hay conexión entre sus respectivas descripciones. Solo en el primer caso es apropiado hablar de «homonimia *pros hen*», como Finnis, o «homonimia

no es la filosofía del lenguaje, sino la filosofía práctica (moral, política, social, jurídica). No indaga el *significado focal* de «derecho» como investigación lingüística –al contrario, veremos que rechaza la *mera* lexicografía–, sino como tarea filosófica.

En este trabajo me propongo revisitar la referida discusión metodológica y defender la utilidad del enfoque lingüístico para una teoría jurídica descriptiva. Comenzaré exponiendo algunas objeciones al método del caso central y trataré de mostrar las ventajas del método lexicográfico pese a las críticas de Finnis (§ II). Complementariamente, exploraré una hipotética reinterpretación y defensa de las tesis de Finnis fundada en una teoría semántica (§ III).

II. EL MÉTODO DEL *CASO CENTRAL* PARA DESCRIBIR EL DERECHO

Si bien *NLNR* se propone más como una reflexión normativa sobre qué debe ser el derecho que como una teoría descriptiva sobre qué es el derecho, en realidad juega en ambos terrenos. Porque el primer capítulo defiende el método del *caso central* como una mejora en la estrategia descriptiva del positivismo jurídico, con lo cual sugiere que es un método también descriptivo y no solo normativo. *NLNR* se ocupa de la descripción teórica y del análisis conceptual del derecho sobre todo para poner de relieve sus limitaciones, pero lo hace postulando el método del *caso central* como alternativa. Sin embargo es discutible que esta alternativa sea viable, como trataré de mostrar en esta primera parte del trabajo.

II.1. *El concepto común de derecho y la lexicografía*

El método del *caso central* lo presenta y defiende Finnis como una estrategia para investigar los fenómenos sociales y las prácticas humanas en general, y el derecho en particular, con el fin comprenderlos cabalmente. El método

relativa a un núcleo». En todo caso, la interpretación actual es que Aristóteles no trataba del significado de las palabras, sino de las realidades nombradas, por lo que se prefiere «conexión focal» a «significado focal» para referir la unidad, naturaleza [*φύσις*] o principio [*ἀρχή*] que según Aristóteles unifica a algunas cosas distintas llamadas igual, y que permite estudiarlas con la misma ciencia. *Vid.*, entre otros: HAMLYN, D.W., «Focal Meaning», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 78, 1977-1978, pp. 1-18; IRWIN, T. H., «Homonymy in Aristotle», *The Review of Metaphysics*, vol. 34, n. 3, 1981, pp. 523-544.

consiste esencialmente en (a) indagar, mediante un razonamiento práctico, el sentido, valor o fin que tiene el fenómeno que se investiga —o sus sentidos, valores y fines plurales, en su caso—, así como los rasgos y los elementos del fenómeno que lo(s) confieren; y, con base en ese razonamiento; (b) identificar los supuestos del fenómeno estudiado que poseen tales rasgos y elementos y por ello forman el conjunto más representativo o *central* de dicho fenómeno; con el fin ulterior de (c) depurar y complementar el conocimiento limitado del fenómeno que cabe obtener con la descripción y el análisis conceptual positivista. Como *NLNR* es sobre todo un libro acerca del derecho, el fenómeno al que se orienta este método es naturalmente el derecho; y la metodología rival que quiere corregir y suplementar es la del positivismo jurídico, en especial la variante *sofisticada* de Hart o Raz. Por tanto, el presupuesto de Finnis es la insuficiencia del método positivista para dar cuenta del derecho y de otros fenómenos sociales.

Las primeras páginas de *NLNR* se ocupan de exponer su presupuesto: las carencias del método positivista defendido y practicado por Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Raz, orientado a la descripción y el análisis conceptual del derecho con la mayor neutralidad valorativa posible y evitando confundir el derecho que *es* con el que *debe ser*⁵. El punto de partida de la discusión es el problema crucial al que se enfrenta quien quiera describir teóricamente cualquier fenómeno social de contornos más o menos conflictivos: ¿cómo delimitar ese objeto de estudio? «¿Cómo decide el teórico lo que cuenta como derecho a los efectos de su descripción?»⁶. El problema es evidente. Por una parte, si el teórico quiere ser neutral respecto a las diversas concepciones que rivalizan para describir el derecho, habrá de identificar este con un concepto o una comprensión que todas esas concepciones compartan y pueda servir de base común para su rivalidad. Por otra parte, si el teórico asume un concepto de derecho demasiado ecuménico, corre el riesgo de desdibujarlo y hacerlo inservible. Y a esto se añade la dificultad intrínseca de hallar este concepto

⁵ Es difícil caracterizar las teorías jurídicas en conflicto sin introducir salvedades y matices a cada paso. Por lo pronto, ni los positivistas defienden ingenuamente que el teórico puede y debe describir el derecho sin aplicar sus preferencias y valores; ni Finnis identifica el derecho que es y el que debe ser, pues insiste en que hay ejemplos de derecho que no deberían serlo. Con todo, según Finnis para comprender cómo *es* el derecho en cuanto fenómeno social se necesita un juicio valorativo consciente sobre cómo *debe ser* según la razón práctica; lo cual choca con la metodología positivista, que es mucho más comedida en las valoraciones.

⁶ *NLNR*, *op. cit.*, p. 4.

común, que podría no existir. Pudiera ocurrir que todos los rasgos que según unas concepciones definen al fenómeno sean accesorios según otras, con lo cual ningún rasgo conformaría un concepto común.

Según Finnis, el teórico debe evitar el atolladero de buscar un concepto común, y en cambio debe procurar que los conceptos que emplea sean útiles, lo cual exige indagar su núcleo central con un punto de vista evaluativo, atendiendo a lo que importa⁷. Critica en varias ocasiones, a veces con cierto desdén, la insuficiencia de las investigaciones sociales que quieren prescindir de juicios de valor. En particular, Finnis es escéptico respecto de la utilidad para el teórico del derecho de concebir su objeto de estudio –de formular el concepto de *derecho*– con base en la comprensión común de la palabra «derecho» o de sus traducciones. Así apunta que «la teoría jurídica, como otras ciencias sociales, aspira a ser más que una conjunción de lexicografía con historia local»⁸. Aunque Finnis acepta expresamente que la teoría social descriptiva tiene un lugar en la ciencia social, minusvalora su utilidad.

A mi juicio, la necesidad de contar con un concepto de derecho que puedan reconocer en común los teóricos que discuten sobre él es insoslayable⁹. ¿Cómo podría tener utilidad la teoría jurídica sin una cierta convicción de que quienes la practican hablan de lo mismo? También los teóricos que diferencian un sentido propio o central del derecho y unos sentidos impropios o marginales, como hace Finnis, trazan esa distinción asumen un concepto preteórico o preconcepción del derecho que hace la tesis inteligible a sus interlocutores. ¿De qué, si no, se postula un sentido *propio* o *central*? Aunque es imaginable una teoría jurídica solipsista, ensimismada, ocupada exclusivamente con una noción *sui generis* de derecho, es evidente que para quienes no compartan esa noción idiosincrática una teoría así solo tendría interés como curiosidad. Por

⁷ El argumento operativo de su programa teórico es *práctico* en el doble sentido de estar orientado a la actividad humana y de primar el rendimiento explicativo. Por una parte, el objetivo último de argumentar con criterios normativos una idea del derecho y de otros fenómenos sociales que inciden en las acciones humanas es ayudar a tomar decisiones sobre tales acciones. Por otra parte, el objetivo inmediato es teórico: abrir paso a la comprensión radical de los objetos estudiados, los cuales cuando se impiden los juicios de valor solo se dejan entender superficialmente.

⁸ NLNR, *op. cit.*, p. 4.

⁹ Contar con un concepto de derecho permite discutir filosóficamente qué es el derecho, pero por sí solo no resuelve nada, como apunta Endicott comentando la metodología de Finnis: «Dominar el concepto [como técnica de clasificación] no resuelve ningún problema filosófico; es una competencia compartida por personas que discrepan acerca de la naturaleza del derecho, e incluso acerca de la naturaleza de los conceptos». [ENDICOTT, T.A.O., «How to Speak the Truth», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n. 1, 2001, pp. 229–248; p. 232].

el contrario, una teoría jurídica relevante es dialéctica y argumentativa: persigue dar razones convincentes a favor de una u otra tesis a interlocutores que presumiblemente podrán entenderlas y evaluarlas.

Pues bien, creo que el candidato más plausible para cumplir como concepto preteórico de derecho es el significado común de la palabra «derecho»¹⁰. Si la razón para que exista dicho concepto es ser condición de posibilidad de la teoría jurídica como investigación inteligible y susceptible de evaluación, entonces ¿qué puede ser más verosímil en esa función que el concepto lingüístico de «derecho» que manejan los teóricos en sus discusiones? Como la teoría jurídica no es una serie de monólogos sobre el derecho, sino que investiga y razona para dialogar, y como su herramienta de diálogo es el lenguaje natural, es de suponer que sus argumentos sobre el «derecho» dan a este término el significado que presumiblemente le darán los interlocutores, por más tenue, impreciso o erróneo que sea ese significado en opinión de quien argumenta.

¿Cuál es el problema de utilizar la comprensión lingüística común de la palabra «derecho» como base para teorizar y debatir sobre qué es el derecho? Finnis simplemente descarta esta posibilidad como una solución demasiado fácil¹¹. Pero no ofrece otra razón para rechazarla que su inutilidad para dar cuenta del derecho tal como lo entienden internamente sus actores y sus sujetos, sobre todo en cuanto beneficiarios del bien común que idealmente promueve. A esta inutilidad o insuficiencia es a lo que alude Finnis con su repetida consigna de que la teoría del derecho no puede confundirse con la lexicografía. Sin embargo, este reproche no alcanza su blanco y tiene mucho de petición de principio.

El blanco de Finnis es la estrategia de caracterizar el derecho de manera inicial o preteórica con los rasgos que los hablantes competentes asocian a la

¹⁰ Por supuesto, «derecho» tiene muchos significados comunes, pero este trabajo solo tiene en cuenta la acepción más relevante para la teoría jurídica, que en la versión actual del *Diccionario de la lengua española* es la acepción 13.^a: «Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva». Cuando este trabajo habla de «derecho» alude únicamente a esta acepción. Por otro lado, lo dicho aquí sobre «derecho» es trasladable a los términos equivalentes en otras lenguas, en particular al inglés «*law*» como lo usa Finnis.

¹¹ Más que criticar la estrategia, Finnis se burla de ella: «¿Qué puede ser más simple? Se toma la palabra «derecho». [...] Se busca «un elemento común». Esta *cosa en común* es el criterio para la «esencia» del derecho, y así *el rasgo único* usado para caracterizar y explicar descriptivamente todo el objeto. Hay así un concepto, que puede predicarse por igual y *en el mismo sentido* (esto es, unívocamente) de todo lo que, en un uso preteórico (que el teórico admite que determine su uso teórico), alguien estaba dispuesto a llamar 'derecho'» [NLNR, *op. cit.*, p. 6].

referencia de la palabra «derecho», como paso previo para entablar un debate teórico fructífero sobre el derecho mismo. Pero si su crítica consiste en que esa caracterización lexicográfica se revela defectuosa a la luz de una teoría adecuada del derecho –la que toma en consideración el punto de vista interno de quienes lo evalúan por su razonabilidad práctica–, entonces yerra el blanco. Porque la noción lingüística de «derecho» no se propone como un concepto depurado de derecho, que recoge cómo lo conciben los juristas y ciudadanos que razonan debidamente sobre él, sino precisamente como un dato empírico bruto, necesitado de revisión y afinación teórica. Por eso, es errar el tiro sugerir que la descripción que da la lexicografía del derecho en cuanto referencia de «derecho» es inadecuada e insuficiente para uso de la teoría jurídica *porque no tienen en cuenta el punto de vista teórico relevante*. Un planteamiento teórico concreto sobre la correcta comprensión del derecho, como el que defiende Finnis, no puede ser argumento para desestimar la utilidad de una noción lingüística del derecho que justamente hace posible comparar y evaluar las teorías y las comprensiones del derecho.

Al final, el reproche de Finnis incurre en petición de principio. Si niega valor como objeto de la teoría jurídica a la noción lexicográfica de «derecho» es porque considera que la mejor teoría tiene un método más sofisticado –el punto de vista interno y el juicio de razonabilidad práctica– y que de este método resulta un concepto de derecho más rico y útil. Es su premisa teórica –la necesidad del juicio de razonabilidad práctica para formar un concepto útil de derecho– la que le lleva a desestimar la utilidad de la noción lingüística de «derecho», y no ningún argumento independiente. Resulta, entonces, que la razón para preferir la noción de derecho obtenida de su comprensión interna y razonable a su formulación lexicográfica es que esta es inadecuada; pero la razón por la que esta es inadecuada es que no adopta la comprensión teórica interna y razonable¹².

¹² La acusación de petición de principio ya ha sido contestada por Finnis. Según Macklem, para Finnis el caso central del derecho es el que tiene razonabilidad práctica, pero la cuestión «es precisamente qué aspecto de la razonabilidad práctica, tal como se manifiesta en los diversos propósitos por los que las personas participan en la práctica, ha de considerarse central». [MACKLEM, T., «Ideas of Easy Virtue», *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 346-360; p. 354]. La respuesta de Finnis para negar la circularidad es esta analogía: si no hay petición de principio cuando un lógico asume como criterio de aceptabilidad el concepto de argumento válido, que integra inicialmente con axiomas para acabar demostrando teoremas con él, en la tarea de entender «hechos sociales sostenidos por pensamiento, deliberación, elección y acción» tampoco «hay nada de petición de principio en

II.2. *Las teorías semánticas en la teoría del derecho*

Inmediatamente después de asociar las «metodologías bastante ingenuas de Bentham, Austin y Kelsen» con la selección lexicográfica del concepto de derecho que se proponen describir, Finnis defiende las teorías de Hart y Raz como avances y mejoras –aunque todavía insuficientes– porque prestan atención al sentido práctico del derecho y privilegian el punto de vista de quienes asumen que una guía de conducta. Sin embargo, el enfoque lexicográfico no es incompatible con nada de esto, porque tomar como concepto preteórico de derecho su noción lingüística supone entender inicialmente el derecho como suelen hacerlo quienes hablan competentemente de «derecho», *cualquiera que sea esa comprensión*.

El rechazo de la lexicografía como método auxiliar de la teoría jurídica que destila NLNR remite a la discusión metodológica, avivada por Dworkin, sobre la pertinencia de un enfoque semántico para entender y explicar el de-

tomar como concepto marco [...] la idea de lo razonable prácticamente; ni en empezar a rellenar esa idea con axiomas tales como que la acción racional siempre está guiada por una concepción de valor o sentido o propósito inteligente». [FINNIS, J., «Reflections and Responses», *Reason, Morality, and Law*, op. cit., pp. 459-584; p. 546].

Pero la sombra de circularidad arrojada sobre el método del caso central no se despeja tan fácilmente. Porque en el sentido que le da Finnis, la lógica formal *es* circular: es un lenguaje artificial cerrado en sí mismo. El lógico asume unos axiomas y unas convenciones sintácticas y semánticas, formula unas reglas de inferencia que respetan esos presupuestos y comprueba si los argumentos siguen tales reglas, en cuyo caso los llama *válidos*; de manera que un argumento tiene validez lógica en un sistema determinado porque es consistente con sus axiomas. El lógico no pretende que el fundamento de la validez de un argumento es independiente de los axiomas del sistema con que lo evalúa. En cambio, el método del caso central no parece autoconfirmarse de este modo, y de ahí el reparo. La estructura del argumento de Finnis es que el caso central del derecho es (*inter alia*) moralmente obligatorio por ser la versión que consideran razonable quienes participan del derecho y son razonables. Si el argumento se quedase ahí, diríamos que el caso central es relativo a un criterio de razonabilidad, y que el «caso central del derecho» es simplemente otro nombre para el «derecho razonable». No habría petición de principio, sino tautología. Sin embargo, el argumento de Finnis apunta más lejos. Sugiere que el método del caso central orientado por el criterio de razonabilidad es la única estrategia adecuada para que comprenda y describa el derecho un teórico *cualquiera*, y no ya el que se pregunta qué derecho es razonable y obliga moralmente. La tesis viene a ser que el derecho, propiamente entendido, es valioso para sus partícipes razonables; y que es un error metodológico equiparar los casos de derecho que son valiosos y los que no lo son, como si fueran el mismo fenómeno. Por eso el argumento ya no es que el teórico del derecho debe adoptar el método del caso central para hacerse idea del derecho *razonable*, sino para hacerse idea del derecho a secas. Y es aquí donde acecha la petición de principio, porque la tesis de que el derecho propiamente dicho es valioso no puede fundamentarse sin circularidad en el método del caso central, cuyo presupuesto es que los partícipes razonables del derecho solo consideran derecho propiamente dicho al valioso.

recho. Recordemos que Dworkin reprochó al positivismo jurídico defendido por Hart que explique la existencia y el funcionamiento del derecho, y la mera posibilidad de discutir sobre él, por el hecho de que los jueces y otros juristas comparten unos criterios fácticos sobre qué fundamentos o fuentes hacen que algo sea derecho o que una proposición jurídica sea verdadera¹³. Dworkin llamó «lingüísticos» a los hipotéticos criterios comunes y «semánticas» a las teorías jurídicas que los postulaban, como si estas pretendiesen explicar el derecho por cómo se define o se usa la palabra «derecho». Aunque Hart ciertamente sostuvo que el derecho moderno se explica porque los juristas aceptan criterios comunes para identificar las fuentes de la validez jurídica, negó enfáticamente que esta explicación estuviese vinculada al significado de la palabra «derecho»¹⁴. En su interpretación de este debate, Endicott observa que si bien a veces Hart parece proponer un *concepto* de derecho basado en los rasgos necesarios y suficientes de pertenencia a la categoría¹⁵, en realidad su explicación se centra en los casos paradigmáticos de derecho y en sus condiciones de existencia, y no mantiene la tesis semántica criteriológica fuerte sobre «el derecho» objetada por Dworkin¹⁶. Esta observación es aplicable al reparo de Finnis con la vía lexicográfica, porque presumiblemente está pensando en una lexicografía basada en criterios rígidos. De hecho, Endicott menciona la distinción de Finnis de un caso central y otros periféricos en las prácticas sociales como una «valiosa elaboración» del enfoque de Hart basado en el juego de paradigmas y análogos¹⁷; y nada impide a la lexicografía adoptar ese mismo enfoque. A la postre, la pretensión de fundamentar el concepto de derecho en una lista consensuada de condiciones necesarias y suficientes para que algo sea llamado «derecho» apropiadamente, criticada tanto por Dworkin como por Finnis, no es atribuible ni al positivismo jurídico hartiano, ni a la lexicografía en general.

Desde luego, la teoría semántica criteriológica –según la cual el significado de palabras como «derecho» lo dan los criterios que los hablantes si-

¹³ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986, pp. 32, 44, 45 y ss. Hay trad. esp. de Ferrari, C.: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

¹⁴ HART, H.L.A., «Postscript», en la 2.ª ed. de *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-307; p. 247. Hay trad. esp. de Tamayo y Salmorán, R.: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, UNAM, México, 2000.

¹⁵ Así en HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 113. Hay trad. esp. de Carrió, G.R.: *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1980 (2.ª ed.).

¹⁶ ENDICOTT, T.A.O., «Herbert Hart and the Semantic Sting», *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 39-57; p. 46. Orig. en *Legal Theory*, vol. 4, 1998, pp. 283-300.

¹⁷ *Ibid.*, n. 10.

guen en común para determinar su uso correcto— tiene numerosos problemas, como han destacado las teorías alternativas, en especial la referencialista, según la cual el significado de algunos términos no es una idea mental, sino su referencia¹⁸. Ahora bien, cualesquiera que sean las dificultades de una teoría semántica criteriológica es un error atribuírselas sin más también a toda la lexicografía, porque esta no tiene por qué adoptar esa teoría semántica. Nada obsta a que la investigación lexicográfica para definir «derecho» distinga el significado focal del término y otros aproximados o figurados; ya sea identificando lo focal con las propiedades que los hablantes asocian al paradigma de derecho (modelo criteriológico) o con los rasgos estereotípicos del fenómeno llamado «derecho» (modelo referencial).

Volviendo a nuestra discusión con Finnis, la idea es que la lexicografía persigue captar el sentido real que tienen los términos en la lengua, sin prejuicios ni exclusiones. Censurar el empleo del método lexicográfico en la teoría jurídica porque es incapaz de captar aspectos funcionales del derecho que solo se aprecian valorativamente, como hace Finnis, carece de justificación por cuanto el método pretende captar cualquier aspecto funcional o de otro tipo asociado efectivamente al significado de «derecho». De esta manera, si en la referencia de esa palabra o en el modo en que los hablantes la conciben es importante una cierta función social, entonces este sentido práctico formará parte de los rasgos distintivos del derecho identificados lexicográficamente¹⁹.

¹⁸ En § III volveré sobre la semántica referencialista como hipotético soporte para Finnis. Sobre su aplicación a «derecho», *vid.* STAVROPOULOS, N., *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

¹⁹ Esto es, de hecho, lo que indican las apariencias. Como se puede apreciar en la definición del *Diccionario de la lengua española* (ver *supra* nota 10), en el parecer lexicográfico de la Real Academia Española «derecho» nombra una realidad normativa guiada por (un punto de vista sobre) la justicia y el orden. Desconozco qué estudios llevaron a la RAE a esta conclusión; pero me parece intuitivamente correcta y me sorprendería que alguien la objetase. En todo caso, insisto en que esta es una noción preteórica y no prejuzga las conclusiones de la teoría sobre qué es más exactamente el derecho. Lo que sugiero es que el significado de la palabra «derecho» en español ya incorpora *de hecho* una preocupación práctica; y que esto desarbola —al menos respecto del español— el principal motivo por el que Finnis objeta la pretensión de formar un concepto común preteórico de derecho con base en la lexicografía, a saber: que este método no presta debida atención al sentido práctico que tiene el derecho para quienes participan en él.

Por otra parte, reitero que la cuestión clave para decidir si un determinado concepto de derecho es o no útil metodológicamente no puede ser si capta adecuadamente el sentido práctico que tienen las normas y las instituciones jurídicas. Porque el sentido práctico del derecho no puede postularse sin más como un axioma que ha de asumir cualquier concepto aceptable de derecho *por definición*, sino que es tan solo una posibilidad y debe tratarse como una hipótesis falsable. El

Desde luego, la estrategia lexicográfica para dotar a la teoría jurídica de un *mínimo denominador común* conceptual sobre el derecho tampoco está libre de problemas. Las palabras se usan por motivos variados y caprichosos, no siempre por razones científicas. Nada garantiza que las asociaciones y distinciones que hacen los hablantes al emplear las palabras se correspondan con afinidades y diferencias en las realidades designadas. No hay garantía, digamos, de que las variaciones de significado que hay entre «derecho», «moral» y «norma» reflejen la relación que efectivamente existe entre el derecho, la moral y las normas. Aunque es verosímil que las distinciones asentadas en el lenguaje ordinario puedan orientar o iluminar la indagación filosófica –un presupuesto de la llamada *filosofía del lenguaje ordinario*–, el escepticismo también está justificado y la cautela del teórico ha de ser máxima. Además, por supuesto, las palabras cambian frecuentemente de significado, y lo que un tiempo define un concepto deja de hacerlo sin que los hablantes lleguen a percibirlo²⁰.

hecho de que al parecer los hablantes del español llamemos «derecho» a normas y principios «expresivos de una idea de justicia y de orden» corrobora la hipótesis de que el sentido práctico es un rasgo conceptual del derecho. Pero se trata de un hecho meramente contingente, el cual no puede darse por supuesto ni debe servir de criterio para admitir o rechazar –según lo computen o no– un concepto de derecho o un método para formularlo.

En definitiva, salvo que estipulemos *ad hoc* que el sentido práctico es un rasgo necesario del derecho, la cuestión clave para evaluar la utilidad de un concepto básico para teorizar sobre el derecho no puede ser si reconoce debidamente su sentido práctico. La cuestión clave es si el concepto es plausible y lo podrían asumir las principales concepciones del derecho (las que no son extravagantes). A partir de ahí, sin duda es importante determinar si el sentido práctico es o no un rasgo conceptual del derecho. Pero esta pregunta procede hacerla una vez contamos con un concepto de derecho para discutir sobre él, y no antes. En la práctica, según parece a los lexicógrafos, un rasgo característico del derecho a juicio de los hablantes del español es tener sentido práctico. Pero para tener una idea más exacta del derecho interesa indagar, ya situados en la teoría jurídica, en qué consiste este sentido práctico y cuál es su auténtica naturaleza. E importa notar que el teórico que asume una noción preteórica de derecho para discutir sobre él –sea la noción lexicográfica u otra– no está obligado a aceptar que los rasgos que esa noción atribuye al derecho son efectivamente rasgos del derecho. El teórico asume la noción preteórica y los caracteres que comporta como un marco o presupuesto conceptual que le permite debatir sobre la naturaleza del derecho con otros teóricos que también los asumen, no como un dogma intocable. Puede discutirlos y objetarlo. Podría argumentar que quienes hablan de «derecho» están equivocados sobre los rasgos que habitualmente le asocian; y podría incluso convencerlos para que corrijan esa comprensión. Por ejemplo, podría revelar que los fines que típicamente se atribuyen al derecho, como la justicia y el orden, son incompatibles entre sí y que en consecuencia la idea tradicional sobre él es inconsistente.

²⁰ Pondré un ejemplo anecdótico, tomado del *Nuevo diccionario histórico del español*, de la Real Academia Española [en línea: <http://web.frl.es/DH>]: «catarro» se asocia hoy a un flujo de las membranas mucosas, pero en un texto de 1259 era un «flujo patológico de los humores del cuerpo»; un texto del siglo XVI lo vinculaba a los pulmones o a los bronquios; en 1710 se identifica con la tosferina; en 1742 se presenta como dolor abdominal, intestinal o gástrico; en 1802 aparece

Pues bien, aunque sin duda es problemático discutir sobre un concepto confiando en la palabra que lo designa cuando ésta tiene un significado impreciso e históricamente inconsistente, es una solución funcional y efectiva a falta de una alternativa mejor²¹. Cuando los científicos y los especialistas quieren dar precisión terminológica a un fenómeno o un concepto que necesitan nombrar, tienen dos opciones: acuñar un nuevo término o dar una acepción restringida a una palabra ya existente. La opción de acuñar un nuevo término es práctica para los descubrimientos y las invenciones que irrumpen como novedades y carecen de anclaje en el lenguaje existente. En cambio, cuando el resultado científico o teórico es la comprensión más exacta de algo ya conocido y con un nombre asentado, suele mantenerse ese nombre, a veces dándole una acepción científica o técnica más precisa²². Esta segunda técnica es la que emplean los teóricos del derecho. Típicamente, el teórico del derecho asume que «derecho» es un término vago del lenguaje ordinario; que las características del derecho deben identificarse con la teoría jurídica y no con el análisis semántico; e incluso que muchas ideas comunes entre los hablantes sobre la referencia de «derecho» son confusas e inadecuadas. Sin embargo, estas convicciones no son obstáculo para adoptar la palabra «derecho» y su significado común para nombrar e investigar el fenómeno social en cuestión. Y la razón es, de nuevo, aprovechar las intuiciones jurídicas que tiene la gente como punto de partida para comprender el derecho y como anclaje o base común para poder debatir²³.

como sinónimo de gripe; en 1827 hay un «catarro uretral», del aparato urinario... Dado este recorrido semántico, ¿qué puede aportar el significado actual de «catarro» en la discusión científica sobre qué es un catarro? Y ¿no podríamos decir lo mismo de «derecho»? ¿Qué puede aportar a la discusión teórica sobre la naturaleza y los rasgos distintivos del derecho saber lo que hoy se llama «derecho», cuando esa palabra ha tenido significados diferentes? El escepticismo es natural, pero debe canalizarse como cautela y no como perplejidad y parálisis.

²¹ Fundamentar la posibilidad de desacuerdos teóricos profundos inteligibles acerca de prácticas sociales sobre las que no hay un concepto común reconocible ha sido un reto afrontado por muchos filósofos del derecho desde que Dworkin expuso las aporías causadas por la «picadura semántica» criteriología. Ni la solución de Dworkin ni ninguna otra ha zanjado la discusión por el momento. Un nuevo y sofisticado intento, armado con un «modelo relacional de competencia conceptual» capaz de reconocer «intereses representacionales compartidos», puede verse en: SCHROETER, F.; SCHROETER, L. y TOH, K., «A New Interpretivist Metasemantics for Fundamental Legal Disagreements», *Legal Theory*, vol. 26, 2020, pp. 62-99.

²² Así, cuando se supo que el agua pura se compone únicamente de hidrógeno y de oxígeno, se mantuvo el nombre de «agua» para este compuesto (H₂O), pese a que «agua» es comúnmente también la que contiene minerales, en vez de salvar la ambigüedad con un nombre técnico (lo cual se remedia con adjetivos como «pura» o «destilada»).

²³ Por otro lado, nada obsta a que un teórico del derecho acuñe un término técnico para nombrar la realidad que analiza. Supongamos que observa que hay normas que los miembros de su

Finnis desdeña el objetivo de dar a los términos teóricos un significado unívoco buscando «un mínimo común denominador»²⁴. Es innegable que este escepticismo tiene fundamento: aunque algunas prácticas llamadas «derecho» tengan rasgos comunes, si ninguno de ellos es universal es inverosímil que haya un concepto verdaderamente común. Esto hace difícil definir términos con vaguedad intensional muy acusada, como «juego», «deporte» o «religión». Pero esta dificultad no ha impedido que haya tales definiciones. Las definiciones buscan un concepto mínimo que pueda aplicarse a la mayoría de los ejemplares de esos conceptos, aunque en algún caso pueda ser discutible la aplicación. Las definiciones buscan destacar los ejemplares paradigmáticos (los casos centrales) en torno a los cuales se difumina la extensión del término²⁵.

II.3. *Problemas para delimitar el caso central del derecho*

Admitida la dificultad de fundar la teoría jurídica en un concepto lingüístico preciso de «derecho», ¿qué alternativa hay? Finnis propone examinar el derecho normativamente y distinguir así un paradigma o *caso central* al que se toma como *significado focal* del término. En definitiva, nos propone llamar

sociedad consideran de obligado cumplimiento e imponibles a todos por la fuerza porque las promueven y aplican autoridades cuya eficacia para imponerlas protege los intereses básicos de las personas y favorece el bien común de todas ellas; y se propone estudiar esas normas. Para evitar polemizar sobre si tales normas son o no lo que suele llamarse «derecho», podría darles un nombre distinto cualquiera y teorizar sobre ellas sin discutir el significado de «derecho». No conozco casos explícitos de esta práctica terminológica, pero algunas teorías sobre el derecho lo conciben de una manera tan específica que merecería un nombre propio, y de hecho cabe interpretar que asignan al derecho un nombre propio: el Derecho (entendido como dicha teoría). En § III *infra* discuto brevemente esta interpretación del Derecho como un nombre propio.

²⁴ NLNR, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ La aplicación de los principios de analogía a la lexicografía está avalada por la psicología experimental, que revela que la categorización lingüística se produce en torno a prototipos. Ver: ROSCH, E., «Categorization», *Cognition and Pragmatics*, John Benjamins, Amsterdam / Philadelphia, 2009, pp. 41-52. En este contexto es norma citar como autoridad a Wittgenstein y su tesis sobre la dificultad de dar un concepto unitario de nociones como «juego», aplicables a elementos sin ningún rasgo común pero que comparten un *aire de familia* [WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas* [1953], trad. de Moulines U. y García Suárez. A., Grijalbo, Barcelona, 1988, §67]. Si esta solución basada en la semejanza coincide o no con la basada en paradigmas es un asunto en el que no entraré; pero puede verse al respecto (argumentando la diferencia y defendiendo la aplicación del criterio de semejanza al método del *caso central*): RODRÍGUEZ-BLANCO, V., «Is Finnis Wrong?», *op. cit.*, pp. 278 y ss.

«derecho» en sentido estricto al derecho preferible desde cierto punto de vista normativo. Este criterio para distinguir en el derecho el caso central y los periféricos consiste, en pocas palabras, en preguntar por qué y cuándo hay razones para que haya derecho, para obedecerlo y para favorecer que se mantenga y se cumpla²⁶.

Esta solución no es más viable que la estrategia lexicográfica. Por lo pronto, ¿a qué se aplica? Aunque por razones normativas unas modalidades de derecho sean más representativas que otras, hay prácticas que son derecho en sentido más débil y que difieren de otras que no son derecho en absoluto. Entonces ha de haber algún tipo de demarcación entre lo jurídico y lo no jurídico complementaria al criterio normativo que identifica el caso central, para distinguir dónde ese criterio es pertinente. Dicho más brevemente: seleccionar *en* el derecho un caso central requiere preseleccionar qué es derecho. Para aplicar un punto de vista normativo al derecho hay que tener alguna idea de a qué aplicarlo. Supongamos un punto de vista normativo según el cual el caso central del derecho son las leyes que en una comunidad son generalmente obedecidas y respetadas como fuentes autorizadas de deberes, y que además suscitan deberes morales porque protegen los intereses básicos de las personas y promueven el bien común. A una conclusión así no se llega casualmente, sino encaminados desde una preconcepción del derecho que lo asocia con prácticas como la legislación y el seguimiento de reglas, con ideas de autoridad y de deber, etc. Llegamos a la conclusión de que el derecho es ante todo una clase de normas porque partimos de que el derecho son normas de alguna clase, y no –digamos– un modo de energía, un ser vivo o una entidad matemática.

Finnis no desconoce esta predeterminación conceptual. Cuando nos invita a pensar en el derecho preguntando cuándo se debe obedecer y defender advierte que desde el principio lo llamaríamos derecho «porque empezáramos estas reflexiones con una conciencia, lingüística, de experiencia y por referencias, de *el* derecho de nuestro propio tiempo y ciudad o país»²⁷. Pero esta «conciencia» no es aprovechada por su método del caso central, que opta por investigar el concepto de derecho normativamente, en lugar de –digamos– estadísticamente ¿Por qué deberíamos evaluar y dar más importancia a unas

²⁶ FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *Collected Essays*, vol. IV (*Philosophy of Law*), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 23-45; p. 23. Originalmente «Law and What I Truly Should Decide», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, n. 1, 2003, pp. 107-129.

²⁷ *Ibid.*, p. 23 (cursivas en el original).

propiedades u otras al describir el derecho, en vez de limitarnos a dar cuenta de las que se le suelen reconocer o atribuir en la práctica? Una reflexión valorativa sobre el derecho para identificar su parte moralmente valiosa no es una descripción, sino un ejercicio prescriptivo que manifiesta una preferencia. Describir el derecho en cuanto concepto sociológico y lingüístico requiere tomarlo tal como es, sin primar unos aspectos sobre otros salvo que lo justifique la observación empírica. Por supuesto, el teórico puede organizar y reconstruir su comprensión empírica del derecho para formular un concepto sintético más provechoso. Y también puede evaluar y hacer las distinciones normativas que se le antojen en esa comprensión y en el concepto resultante. Pero, en cambio, no puede pretender que se acepte como descripción, al mismo tiempo, tanto su depuración conceptual como su depuración valorativa. La selección normativa puede servir a la descripción del derecho en cuanto que es relevante distinguir entre modalidades morales e inmorales, pero no es en sí misma una descripción del derecho. El derecho moralmente vinculante no es necesariamente el caso central del derecho, aunque sea el caso preferible de derecho. A fin y al cabo, una cosa es el derecho y otra su mérito o demérito.

Finnis defiende que el caso central del derecho se reconoce por ser valioso desde el punto de vista del partícipe con razonabilidad práctica; pero no explica suficientemente por qué ese punto de vista es más relevante que otros para ese fin²⁸. Apenas aporta unas analogías que hacen su propuesta de describir el derecho normativamente atractiva intuitivamente, pero a la vez frágil. Porque las analogías pueden tanto apoyar su propuesta como desactivarla, como revela un intercambio con Raz que relata el propio Finnis. En efecto, Finnis presenta la empresa teórica de describir el derecho como análoga a la de describir un reloj, una medicina, un contrato o un argumento. La idea es que en todos estos casos el teórico parte de una precomprensión del concepto –es sabido de qué se habla– pero hay una clara justificación metodológica para rebasarla e indagar qué es un buen argumento, un contrato válido, una medicina que cura, un reloj que funciona o un derecho razonable, porque esos subconjuntos *preferibles* son paradigmas de dichos objetos y deben por ello ser tenidos en cuenta al describirlos. Es innegable, como dice Finnis que «parte de llegar a entender lo que realmente es un argumento consiste en llegar a en-

²⁸ RODRÍGUEZ-BLANCO, V., «Is Finnis Wrong?», *op. cit.*, p. 267: «el argumento no explica *por qué* el derecho como razonabilidad práctica *debería ser* el caso central de concepciones diferentes» del derecho. Su propuesta aparece como una concepción más sobre el derecho.

tender que, y por qué, no todos los argumentos son realmente argumentos, incluso aunque esos no-argumentos –argumentos fallidos, falaces, inválidos– *son* todavía, en un sentido secundario o diluido, argumentos [...]»²⁹. Del mismo modo –sugiere la comparación–, entender qué es el derecho requiere entender que y por qué el derecho carente de razonabilidad, abiertamente inmoral, es fallido y no es realmente derecho, aunque lo sea en sentido secundario o diluido. «Las leyes injustas no son leyes, aunque [...] ciertamente merezcan atención y descripción»³⁰.

Pero en este punto Raz plantea su pregunta: ¿por qué el derecho debería verse como las medicinas, los contratos o los argumentos y no como las novelas, las pinturas o las personas, que no dejan de ser novelas, pinturas o personas aunque sean malos?³¹. La pregunta de Raz es muy pertinente y Finnis la responde atrapándose en un círculo vicioso. Viene a decirnos que el derecho tiene un caso central cualificado que el teórico debe indagar y describir normativamente, a diferencia de la pintura, porque el derecho tiene un sentido normativo primario y dominante –ordenar una comunidad humana para el bien de sus miembros con leyes razonables vinculantes–, mientras que la pintura tiene sentidos diversos no jerarquizados y ninguno domina sobre los demás. En definitiva, nos dice que el derecho tiene un caso central porque tiene una especificidad focal, mientras que la pintura carece de ella. No consigo ver aquí una respuesta, salvo dando por buena la broma de Molière: el opio provoca el sueño porque tiene *virtus dormitiva*. ¿No podríamos sostener, inversamente, que la pintura tiene como sentido primario y caso central la atracción estética y que, en cambio, los sentidos normativos del derecho son heterogéneos e inconmensurables, como asegurar la paz, legitimar un gobierno, perpetuar una burocracia o –también– coordinar conductas para el bien común? Con esta pregunta no sugiero que esas hipótesis sean ciertas, sino solo que afirmar un caso central en el derecho y negarlo en la pintura necesita mejor fundamento que *decir* que el derecho tiene un caso central pero no la pintura, como si esto fuera algo notorio que solo debe ser recordado.

²⁹ FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *op. cit.*, p. 24 (cursivas en el original).

³⁰ *Ibid.*, p. 30.

³¹ La pregunta la formuló Raz a Finnis en una conferencia y consta en la publicación de ésta: FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *op. cit.*, p. 30, n. 9. Esto es lo que contesta Finnis: «La respuesta es que, como los argumentos, las medicinas y los contratos, el derecho tiene un sentido propio [*focused*] y normativo al cual es apropiado considerar subordinado todo lo demás. Las novelas y las pinturas, en cambio, pueden tener sentidos incompatibles [...]».

También es ilustrativo en esta discusión el reparo que plantea Finnis a la estrategia empirista –o *realista*– que propone Leiter para formular el concepto de derecho. Ya vimos que Finnis descarta enfáticamente la estrategia lexicográfica porque es neutral normativamente, cuando el teórico del derecho no debe serlo si quiere ser útil. En coherencia, también rechaza cualquier otro enfoque conceptual basado en la mera observación de hechos que pretenda evitar las consideraciones normativas. Así, Finnis cita aprobatoriamente a Leiter cuando, ante la supuesta ingenuidad descriptivista de Hart, dice que el procedimiento de describir ‘nuestro’ concepto de derecho, entendido «en términos de frecuencia estadística», no puede producir «nada más que resultados relativos etnográficamente»³².

Pero el método que Finnis ve limitado e insuficiente, Leiter lo ve más bien modesto y practicable. En realidad, Leiter reivindica una teoría jurídica naturalista científica tanto frente a Hart como a Finnis. Primero critica la teoría jurídica descriptiva basada en intuiciones culturalmente relativas. Luego pregunta si el escepticismo hacia ese tipo de investigación intuitiva aboca al enfoque de Finnis; y su respuesta es negativa. Por un lado, porque pudiera ser que ‘nuestro’ concepto de derecho no sea ilusorio y «quizás la frecuencia estadística, en conjunción con otros valores epistémicos, baste para el proyecto tradicional de análisis del concepto de derecho»³³. Por otro lado, porque también podemos contar con la metodología científica del naturalismo. Al final –nos dice Leiter–, la teoría jurídica que no se conforme con un análisis conceptual dirigido a intuiciones, como el de Hart, ha de escoger entre acudir a la moral, como propone Finnis, o acudir a la ciencia, que es la opción de Leiter. En definitiva, Finnis no puede contar con Leiter como aliado para combatir la pretensión de llegar al concepto de derecho por vía estadística. Porque Leiter no rechaza demarcar el derecho con la noción más frecuente; lo que rechaza es tomar como frecuencia lo que solo son intuiciones relativas. Ni siquiera niega que esas intuiciones puedan ser correctas y representar fielmente la noción de derecho más frecuente empíricamente. Leiter solo señala que para describir el derecho con base en las ideas más frecuentes en un grupo, el teórico deberá actuar científicamente –tomándose la estadística en serio– y asumiendo que su descripción será relativa a ese grupo.

³² LEITER, B., «Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence» [2003], *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 153-181; pp. 180-181. Citado por FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *op. cit.*, p. 32.

³³ LEITER, B., «Beyond the Hart/Dworkin Debate...», *op. cit.*, p. 180.

Finnis ve esta particularidad de la descripción estadística –su carácter relativo a un grupo– como un defecto que invalida la estrategia, que acaba siendo «lexicografía glorificada»³⁴. Pero no propone otra manera de trascender el localismo y el empirismo, sea estadístico o lexicográfico, que la reflexión práctica del teórico sobre lo que a su juicio es central en el derecho. Y queda sin respuesta por qué ese juicio reflexivo subjetivo es mejor fuente de conocimiento sobre el concepto de derecho que la investigación científica de las creencias y prácticas lingüísticas de quienes manejan el concepto; y por qué podemos confiar en aquel juicio para obtener una noción *universal* de derecho inalcanzable a la ciencia.

II.4. *El punto de vista razonable y su presunción de que el derecho es valioso*

Volvamos sobre nuestros pasos. Supongamos que aprobamos el argumento de Finnis y aceptamos que ya en el plano conceptual o preteórico, antes de que las diversas teorías del derecho tengan sobre qué discutir, es metodológicamente superior describir el derecho asumiendo que tiene un sentido práctico e integrando este en la descripción. Pues bien, ¿cómo identificamos certeramente dicho sentido práctico del derecho? ¿Qué punto de vista debemos privilegiar? ¿Quién tiene la perspectiva crucial al perfilar el concepto de derecho? Estas preguntas también crean dificultades al planteamiento de Finnis. En *NLNR* sostuvo que «las acciones, prácticas, etc. solo pueden comprenderse del todo comprendiendo su sentido, esto es, sus objetivos, su valor, su significación o importancia, *tal como las conciben las personas que las realizan, que participan en ellas, etc.*»³⁵. Y en el *Postscript* de la segunda edición del libro Finnis subraya que disciplinas como la biografía y la historia «describen acciones individuales y sociales, arreglos e instituciones por referencia a su sentido (propósito, razón de ser) *tal como lo conciben las personas agentes* bajo estudio»³⁶. Resultaría así que una descripción del derecho útil para la teoría social ha de incorporar su razón de ser según quienes partici-

³⁴ LEITER, B., «Beyond the Hart/Dworkin Debate...», *op. cit.*, p. 177; citado por FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *op. cit.*, p. 35.

³⁵ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 3 (cursivas mías). En todo caso –como veremos enseguida que se desprende de las objeciones que Finnis hace a Dworkin–, el punto de vista sobre el derecho que cuenta no es el del propio teórico que quiere fijar conceptualmente su objeto de estudio.

³⁶ FINNIS, J., «Postscript» a la 2.ª ed. de *NLNR*, *op. cit.*, p. 427 (cursivas en el original).

pan en la práctica jurídica. Pero en realidad para Finnis el punto de vista que propiamente importa para identificar el sentido del derecho en el análisis conceptual no es el de sus partícipes en general, sino específicamente el de los partícipes razonables. Así lo apunta en *NLNR* y así lo dice expresamente en otros trabajos³⁷. El teórico que persiga formular una noción de derecho útil para describirlo ha de recoger en ella la concepción sobre su valor y sentido que tienen –se entiende que común o generalizadamente– quienes crean, aplican y siguen el derecho demostrando razonabilidad práctica; y ha de abstraerse de su propia concepción personal.

Ahora bien, ¿cómo reconocer la concepción sobre el (sentido del) derecho que tienen por lo común quienes lo crean, aplican y siguen *razonablemente*? ¿Qué método de indagación puede evitar que el teórico tome como sentido del derecho su propia concepción sobre lo que es razonable? Acecha de nuevo el subjetivismo de las evaluaciones, que compromete la posibilidad de la descripción pretendida. Este riesgo disminuye, en cambio, si para considerar el parecer sobre el (sentido del) derecho de los agentes jurídicos en vez de juzgar su razonabilidad juzgamos su representatividad. Para ello sirve una investigación sociológica que compruebe empíricamente las percepciones dominantes sobre el derecho y sus funciones. Pero puede valer también, como aproximación intuitiva, acudir al significado común de la palabra «derecho» revelado por la lexicografía. Porque, a la postre, los partícipes de la práctica jurídica son también quienes hablan inteligiblemente acerca del derecho; y por ello lo que entienden por «derecho» es suficientemente representativo de cómo lo perciben.

De nuevo nos interesan aquí unas observaciones de Finnis sobre las tesis de Dworkin. Este defendió en *Law's Empire* un método de conocimiento jurídico donde los juicios técnicos dogmáticos son inescindibles de los éticos y políticos. Este método de «interpretación ‘creativa’» –expresión suya– lo contrastó con otros más aptos para interpretar una conversación o un discurso

³⁷ Por ejemplo en FINNIS, J. «Positivism and ‘Authority’» [1987], *Collected Essays*, vol. IV (Philosophy of Law) *op. cit.*, pp. 74-87; p. 80: «la persona madura de razonabilidad práctica (...) puede entender y apreciar las consideraciones y las razones para actuar de quien meramente se interesa por sí mismo, del mero conformista, del mero aprovechado, pero no a la inversa. Por tanto, adoptar las consideraciones prácticas de esta persona [*de la razonable, se entiende*] como el criterio para discernir qué rasgos se ‘agrupan juntos’ como una institución social coherente, significativa e importante hará posible no solo la explicación más inteligible de las razones jurídicas para actuar (incluidas las razones para tener derecho y el gobierno del derecho [*rule of law*]), sino también la mejor explicación empírica de este aspecto de los asuntos humanos».

científico³⁸. La interpretación «creativa» del derecho es –dice Dworkin– *constructiva*: importan sus fines o propósitos, «pero los propósitos en juego no son (fundamentalmente) los de algún autor, sino los del intérprete. A grandes rasgos, la interpretación constructiva consiste en atribuir sentido [*imposing purpose*] a algún objeto o práctica para hacerlo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece»³⁹. Finnis esto no puede aceptarlo, aunque comparta con Dworkin que no puede conocerse el derecho sin razonamiento práctico. Además de censurar el equívoco de llamar «creativa» a una clase de interpretación porque atañe a algo creado, además de por ser «constructiva», Finnis objeta que el sentido del derecho sea *atribuido* [*imposed*] por el intérprete, en lugar de reconocido como el que le atribuyen los agentes de sus prácticas⁴⁰.

Pese a lo dicho, a la hora de la verdad Finnis no hace ningún movimiento para acercarse empíricamente a las prácticas donde supuestamente se plasma el sentido del derecho –los actos y las creencias de quienes lo crean, aplican y siguen razonablemente–, sino que confía la identificación de ese sentido al razonamiento práctico desarrollado por unos filósofos escogidos, destacadamente Santo Tomás de Aquino, y por él mismo. No hay o no he visto en la obra de Finnis ninguna remisión a estudios antropológicos, sociológicos o psicológicos sobre qué sentido creen que tiene el derecho quienes operan con él, o quienes dentro de ese grupo son tenidos por *razonables*. Por el contrario, vimos que hay en su obra un rechazo explícito a indagar los caracteres del derecho con estadística o lexicografía. Sin estudios empíricos, ¿cómo saber qué sentido dan al derecho sus partícipes, sean razonables o no? Al final, el recurso de Finnis es su intuición filosófica, fruto de su observación e introspección conjugadas con una reflexión personal basada en la tradición iusnaturalista. El juicio práctico de Finnis sobre el sentido del derecho es *su* juicio: no hay ninguna deferencia hacia el juicio empírico del común de quienes operan o participan en el derecho.

³⁸ DWORKIN, R. *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 50. Según Dworkin, ante las prácticas sociales creativas es esencial «que interpretar la práctica se trate de manera diferente a comprender qué pretenden otros partícipes con los enunciados que hacen al operarla» [*ibid.*, p. 54].

³⁹ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁰ FINNIS, J., «On Reason and Authority in Law's Empire», *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, pp. 357-380. Cito por *Collected Essays: Volume IV (Philosophy of Law)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 280-298; p. 282. En «Postscript», *op. cit.*, p. 427, Finnis sostiene que la idea de *interpretación constructiva* es más defendible y menos confusa entendida como «un proceso de razonamiento práctico acerca de las exigencias de la justicia y del bien común».

Lo expuesto se aprecia bien en el comentario de Finnis a la tesis de Dworkin de que «el sentido más general del derecho, si tiene alguno, es establecer una conexión justificada entre las decisiones políticas pasadas y la coerción presente»⁴¹. Finnis objeta esta idea porque es discutible qué fines u objetivos habría que tener más en cuenta al reflexionar sobre el derecho. Si con el derecho se busca *establecer* una justificación de la coerción, ¿quién se supone que la establece? ¿El juez o jurista que resuelve ahora sobre la aplicación de la fuerza o los legisladores del pasado?⁴² Pero la cuestión es que este reparo de Finnis, cuando se amplía el foco, se vuelve también contra sus tesis. Porque el problema básico no es primar uno u otro punto de vista al atribuir sentido a la coacción jurídica, sino primar uno u otro punto de vista al atribuir sentido al derecho mismo. La discusión sobre cómo mejor se justifica la coacción jurídica se plantea entre concepciones del derecho, pero –como el propio Dworkin subraya– la tesis de que el sentido del derecho es justificar la coacción es conceptual: de ser correcta, forma parte del concepto de derecho que comparten las concepciones rivales. Siendo así, el problema de fondo no es si saber si para justificar el derecho debemos tener en cuenta cómo lo interiorizan los jueces del presente, los legisladores del pasado o algún otro agente; sino saber de quién es la comprensión del derecho que debe tenerse en cuenta para determinar si el derecho tiene *algún* sentido y cuál es dicho sentido, de haberlo. El mayor problema es, como Finnis advertía, el riesgo de que el teórico atribuya o imponga al derecho el sentido y la finalidad que tiene según su juicio particular –reflexivo e informado, sin duda– y no según el juicio generalizado de quienes usan y hablan del derecho.

Muchos teóricos han expresado sus puntos de vista sobre cuál pudiera ser el sentido del derecho. NLNR resume las tesis de Hart y de Raz⁴³ y ofrece otra una vez avanzada la exploración del punto de vista interno de los agentes del derecho. Según Finnis, el derecho es *focalmente* un «conjunto de normas e instituciones dirigido a resolver razonablemente cualquier problema de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular o sustituir las soluciones

⁴¹ DWORKIN, R. *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 98. Y «el sentido más abstracto y fundamental de la práctica jurídica es guiar y restringir el poder del gobierno» (*ibid.* p. 93).

⁴² FINNIS, J., «On Reason and Authority in Law's Empire», *op. cit.*, p. 284.

⁴³ NLNR, *op. cit.*, p. 7: donde recuerda que Hart destacó «el carácter específico del derecho como un medio de control social» [HART, H.L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 49] para guiar tanto a funcionarios como a ciudadanos; y que Raz ve el derecho como «un sistema de normas que proporciona un método (...) para resolver disputas autoritativamente».

de coordinación de cualesquiera otras instituciones o fuentes normativas) para el bien común de esa comunidad [...]»⁴⁴. Tenemos, pues, que el sentido del derecho cambia según el teórico al que oigamos, y puede consistir en justificar la coacción, controlar la sociedad mediante reglas que guían la conducta, resolver conflictos con autoridad, o resolver problemas de coordinación de una comunidad para el bien común de ella, entre otras funciones. Pienso que todas estas intuiciones sobre el derecho son atinadas, y recibiría bien una explicación que consiguiese integrarlas. Pero, otra vez, la coincidencia de intuiciones sobre una noción de derecho no basta para tomarla como el concepto de derecho sobre el que elaborar una teoría jurídica. Porque es inevitable sospechar que esas ideas se corresponden con la *concepción* sobre el derecho de quien las defiende, en cuyo caso no deberían proyectarse sin más como el *concepto* que discute la teoría jurídica.

Finnis interpela al teórico del derecho para que no malgaste esfuerzos en buscar una noción de derecho genérica y valorativamente neutral, porque sería minimalista e inservible, pero la noción de derecho *focalizada* y cargada de evaluación práctica que propone como alternativa no es una solución, porque solo puede servir a quien acepta los valores que la sustentan. El carácter idiosincrático del programa de Finnis se hace evidente cuando este reprocha a la estrategia conceptual de Hart y Raz que se queda corta al escoger el punto de vista interno relevante de los agentes jurídicos, porque llegan a admitir –caso de Raz– el de un juez anarquista y no dan significación adecuada «a diferencias que cualquier actor en el área [...] consideraría con significación práctica», tales como que las normas tengan o no justificación moral⁴⁵. Esto es, según Finnis para llegar a un concepto útil de derecho no basta con tener en cuenta cómo lo entienden quienes lo usan, sino que además hay que seleccionar entre esos puntos de vista internos o jurídicos los que resultan de una reflexión práctica acerca de las condiciones en que el derecho es moralmente obligatorio⁴⁶. Más aun, los puntos de vista morales sobre el derecho que debe atender el teórico, según Finnis, se reducen en concreto a los razonables: «el

⁴⁴ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, pp. 276-277. *Cfr.* trad. esp. *op. cit.*, p. 304.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁶ *Cfr.* FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*: «Si hay un punto de vista que trata la obligación jurídica como una obligación moral al menos presuntamente» (p. 14); «constituirá el caso central del punto de vista jurídico. Pues solo en ese punto de vista es de la mayor importancia que haya derecho diferenciado de otras formas de orden social, y así que llegue a ser un objeto de la descripción teórica» (p. 15).

punto de vista propio del caso central es el punto de vista de quienes no solo apelan a la razonabilidad práctica, sino también *son* razonables en cuanto a lo práctico»⁴⁷. El resultado de esta argumentación es justificar que el teórico del derecho privilegie como objeto de estudio una fuente de normas moralmente obligatorias según lo que el propio teórico considera la obligación moral más razonable. Y esta estrategia se defiende frente a tomar como derecho lo que la mayoría, teóricos incluidos, podría estar de acuerdo en llamar «derecho»; o –suponiendo que sea algo distinto– lo que quienes son parte de la práctica jurídica toman como derecho, obligue moralmente o no.

Creo que el enfoque conceptual postulado por Finnis confía excesivamente en que el teórico sabrá detectar el punto de vista práctico correcto (moral) para evaluar el derecho y sabrá inferir las conclusiones apropiadas de aplicarlo; y el éxito de su método depende de que dicha confianza esté fundada. Finnis cita a Aristóteles y a Weber como avales de su propuesta metodológica, en la cual el teórico del derecho contribuye conscientemente con su valoración práctica a dar primacía a unas funciones sobre otras en el objeto que estudia. Pero una cosa es asumir o recomendar que el teórico intervenga activamente con su juicio experto para seleccionar los aspectos del derecho que merecen atención y otra aceptar que preconstituya con su propio razonamiento moral el fenómeno que va a estudiar.

Lo cierto es que Finnis es consciente del problema de credibilidad que tiene cualquier concepto de derecho nacido de su método. Pero al preguntarse si la teoría jurídica descriptiva está entonces inevitablemente sujeta a las concepciones y a los prejuicios de cada teórico, su respuesta es que no puede ser de otra manera, aunque conocer los asuntos humanos ayuda al teórico a *convertir* sus prejuicios en «juicios verdaderamente razonables sobre lo que es bueno y razonable prácticamente»⁴⁸. Así, la utilidad del método y la credibilidad de sus resultados se confían a la expectativa de que los teóricos sabrán reconocer qué es efectivamente razonable y constitutivo del derecho. No se prevé la eventualidad de que asuman conceptos de derecho divergentes y no puedan discutir sobre «el derecho».

Las tensiones internas y el déficit de imparcialidad que acusa el enfoque conceptual normativo defendido por Finnis se ejemplifican en su tratamiento de las leyes injustas y del derecho inmoral. De su metodología resulta –diríase

⁴⁷ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

que por definición, al ser el juicio más razonable al que llega un teórico razonable— que el caso central del derecho son normas moralmente obligatorias con validez jurídica formal y vigencia social; en pocas palabras (más), leyes justas eficaces. Según esto, el derecho es medularmente *positivo* en dos sentidos muy diferentes: es promulgado por una autoridad efectiva y es valioso moralmente⁴⁹. Finnis no niega que haya leyes injustas y derecho inmoral, pero para él son anomalías, realidades que no se pueden ignorar pero que carecen de entidad teórica propia. Son afines a la categoría «derecho», y cabe tomarlas como derecho en sentido lato o diluido, pero no son derecho en sentido estricto o central⁵⁰.

Por supuesto, no hay ningún reparo en distinguir estipulativamente un núcleo de derecho moralmente obligatorio dentro de una clase más amplia de derecho que incluye también leyes injustas. Análogamente, cabe distinguir un núcleo de derecho con autoridad formal en el seno de una categoría más amplia de derecho que también incluye normas no promulgadas válidamente (como costumbres y principios sin respaldo de la autoridad pero seguidos como derecho). Ahora bien, ¿se justifica metodológicamente elevar esta estipulación a concepto? ¿Por qué primar el punto de vista que sitúa como paradigma de derecho el moralmente valioso respecto del que no ve inconveniente en llamar igualmente derecho al que aporta disvalor? ¿Es el derecho injusto menos derecho que el justo; o el derecho no promulgado menos derecho que el promulgado?

Se ha discutido mucho si las leyes injustas son o no derecho; pero el método del *caso central* tiene un problema todavía más grave si el propio derecho

⁴⁹ Atribuir al caso central del derecho positividad en cuanto autoridad y eficacia distingue la teoría jurídica de Finnis de otras versiones del iusnaturalismo, hasta el punto de que se ha dicho (y matizado) «que puede calificarse a la teoría de Finnis de 'positivista'» [LEGARRE, S., «El concepto de derecho en John Finnis», *Persona y Derecho*, vol. 40, 1999, pp. 65-88; p. 72]. El hecho de que la positividad sea para otras concepciones un rasgo accesorio del derecho es un problema añadido al método del caso central, porque debe mostrar que son concepciones irrazonables.

⁵⁰ Un problema añadido de la metodología de Finnis es que no explica suficientemente por qué las formas de derecho periféricas o desviadas del *caso central* son defectuosas. Como apuntó Murphy, algo es defectuoso en una categoría si no satisface un estándar interno a ella necesario para explicarla, y no solo por ser atípico; por eso cabe decir que es defectuoso un guepardo lento, pero no así una tortuga rápida: MURPHY, M.C. «Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence», *Institutionalized Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 45-60; p. 51. También ALEXY, R., «Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, n. 2, 2013, pp. 97-110; p. 106: por ejemplo, un sistema jurídico sin coacción se desvía del caso central, pero no sería defectuoso en una sociedad donde todos obedecen voluntariamente.

puede ser causa de injusticia. Esta es la llamada de atención de Endicott; y lo que llama la «ironía del derecho»⁵¹. Si bien el derecho es por muchas razones beneficioso para las personas y sus sociedades, al mismo tiempo los mecanismos que lo hacen funcionar desencadenan perjuicios. Aunque Endicott no detalla qué males causa estructuralmente el derecho, pone ejemplos de instituciones sociales cuyo caso central es manifiestamente disvalioso, como la esclavitud o la tiranía. Su objeción es sobre todo metodológica: la perspectiva del caso central es engañosa si da por sentado que la ciencia social solo estudia objetos valiosos y que este valor es lo que determina el caso central. Porque hay instituciones sociales que en todo o en parte son disvaliosas, como demuestran la esclavitud, la tiranía, la democracia (en cuanto se desata el poder de las masas o se hace oligarquía) y también el derecho⁵².

Otros autores han hecho parecidas objeciones a la confianza de Finnis en el valor benéfico del derecho. Por ejemplo, Macklem plantea la posibilidad de que las relaciones entre las prácticas sociales y los valores sea «múltiple, fluida, transitoria y abierta», en cuyo caso sería apresurado hablar de un caso central o de un sentido en singular; y hace estas preguntas: «¿No es posible además que el sentido de ciertas prácticas pueda ser, o al menos pueda incluir, uno malo [...]»?; «¿[...] no podría incluso suceder que el derecho sea en conjunto más algo malo que algo bueno, más un enemigo de la razonabilidad práctica que un amigo?»⁵³. Al final, la objeción de fondo que Macklem dirige a Finnis es la debilidad de su método para identificar el sentido principal y caso *central* de prácticas que tienen propósitos diversos. Finnis sugiere que quienes participan en una práctica social identifican en ella las formas más razonables; pero no considera la posibilidad de que haya valoraciones razonables divergentes inconmensurables, entre las cuales no pueda escogerse *la más razonable*.

Subrayar la facticidad del derecho y sus posibles efectos perversos conduce a criticar a Finnis por restarle importancia y subordinarla a su función

⁵¹ ENDICOTT, T., «The Irony of Law», *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 327-345; p. 327: «Los casos centrales de un sistema jurídico, o de un derecho, incluyen sin duda bienes que Finnis les adscribe; los casos centrales también incluyen determinados males. Esta es la ironía del derecho. Asegura bienes esenciales para una comunidad, y también (y, de hecho, por lo mismo), incurre en determinados males que están implicados necesariamente en sus técnicas específicas para asegurar esos bienes».

⁵² *Ibid.*, p. 336: «El derecho, como la democracia, es un concepto valorativamente complejo»; e incluye «una mezcla irónica de bien y mal».

⁵³ MACKLEM, T., «Ideas of Easy Virtue», *op. cit.*, p. 348.

moral⁵⁴. Desde luego, Finnis no desconoce que el derecho puede ser causa de injusticia, sea por sus leyes concretas o por su mismo funcionamiento. Pero se resiste a admitir que esas formas de injusticia jurídica puedan ser parte del caso central de derecho, con lo cual revela una vez más que su método no tiene por objetivo describir la práctica estudiada, sino modelarla. En alguna ocasión, ante el dilema teórico de dar cuenta del derecho como se presenta o indagar qué lo hace importante y valioso, Finnis ha dicho que el derecho tiene una «doble vida»: por un lado consiste en decisiones y actitudes empíricas, pero por otro lado también aporta «criterios para las deliberaciones conscientes de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) conforme al derecho»⁵⁵. Sin embargo estas dos vidas del derecho no tienen en su metodología la misma importancia, y a la postre la observación empírica se subordina al criterio de la razonabilidad. Por eso dice que el derecho positivo está indeterminado por defecto y por exceso. Por defecto, porque las fuentes sociales deben ser suplementadas con criterios morales. Por exceso, porque «a veces las fuentes sociales producen criterios tan defectuosos moralmente que incluso los jueces comprometidos a seguir el derecho deben dejarlos de lado en favor de normas alternativas más consistentes con el principio moral (la plena razonabilidad práctica) y con todas las otras partes del derecho positivo que son consistentes con el principio moral»⁵⁶. Según esta tesis, entonces, el derecho del que se ocupa y que describe la teoría jurídica no es lo que se presenta como derecho en fuentes sociales, sino lo que un juzgador razonable selecciona entre esas fuentes o añade a ellas.

III. LA HIPÓTESIS DE LA REFERENCIA FOCAL DE «DERECHO»

El método del *caso central* sería idóneo para describir el derecho si éste fuera una clase natural; en cuyo caso podría afirmarse, con una teoría semántica realista, que dicha descripción define el término «derecho». El *caso central*

⁵⁴ DICKSON, J., «Law and Its Theory: A Question of Priorities», *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, pp. 361-378; p. 376.

⁵⁵ FINNIS, J., «Natural Law: The Classical Tradition», *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-60; p. 11.

⁵⁶ *Ibid.* (p. 11). Finnis subraya después que la realidad primaria de las leyes y las instituciones jurídicas, más allá de su existencia fáctica, «es como razones para la acción que son buenas porque guardan una relación inteligible con» las razones básicas para actuar (*ibid.*, p. 31).

de derecho sería el *significado focal* de «derecho», y los casos periféricos de derecho serían «derecho» en un sentido lato o figurado, como defiende Finnis. Esta es la hipótesis que a continuación voy a exponer y rechazar. En este ejercicio teórico no pretendo exponer argumentos o ideas de Finnis, sino lo que *cabría* sostener para defender sus tesis. Aunque me valdré de algunos textos de Finnis para indicar que la hipótesis es compatible con su planteamiento, no sugiero que él la defiende. De hecho, es inverosímil que la defienda, porque se basa en una tesis semántica y Finnis es escéptico con los argumentos semánticos, a juzgar por el escaso uso que hace de ellos y por algún comentario publicado⁵⁷. En general los argumentos semánticos no son populares en la filosofía jurídica, que ha sido ambivalente al juzgar la utilidad del estudio del lenguaje para dar cuenta del derecho⁵⁸.

La hipótesis que desarrollaré es que el derecho positivo es un fenómeno específico al que se dio nombre en un momento bautismal, en el cual el significado de ese nombre quedó fijado como el fenómeno que refiere; y que este es todavía el significado de los términos que traducen dicho nombre en los idiomas actuales, como «derecho» en español o «law» en inglés (en sus acepciones relevantes); y que por ello decir el significado de «derecho» o «law» y describir el fenómeno nombrado por el término original equivalente son la misma tarea. Si la hipótesis es cierta, el método adecuado para reconocer, describir y analizar el fenómeno llamado «derecho» es reproducir el modo en que fue singularizado y nombrado. En concreto, una hipótesis complementaria es que el derecho tuvo su bautismo original en un razonamiento práctico sobre qué es valioso para una sociedad y sus miembros, por lo que sigue siendo necesario dicho razonamiento práctico para describir teóricamente el derecho, así como para definir la palabra «derecho».

⁵⁷ Así, en FINNIS, J., «Natural Law: The Classical Tradition», *op. cit.*, dice que «está claro que el lenguaje nunca es verdaderamente fundamental» (p. 38), dados los problemas de expresión y de comprensión que causa; y también: «Más básicos que los significados «de las palabras» son los propósitos, las intenciones, de los hablantes y otros usuarios de las palabras» (p. 39).

⁵⁸ La ambivalencia apuntada se ejemplifica en la actitud de Raz, que ha mostrado en general escepticismo con el análisis lingüístico, pero a veces también receptividad. Alguna vez sostuvo que «la explicación del significado de la palabra 'Derecho' tiene poco que ver con la filosofía jurídica» [RAZ, J., «The Problem about the Nature of Law» (1983), *Ethics in the public domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 197-209; p. 196]. Sin embargo, luego admitió que «después de todo, una teoría acerca de la naturaleza del derecho trata de elucidar un concepto, el concepto de derecho, y ¿qué es la elucidación de un concepto sino una explicación de su significado? ¿Y cuál podría ser ésta sino la explicación del significado de la palabra-concepto?» [RAZ, J., «Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison», *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 1-37; p. 7].

Esta hipótesis se basa en la convicción de que el derecho positivo es una realidad determinada, precisa, como lo son los individuos concretos y las clases naturales; y en la teoría semántica que sostiene que los nombres de los individuos y de las clases naturales significan lo que refieren –los individuos y las clases que designan– y no los lagos o las propiedades que los hablantes asocian con esas referencias en cada momento, contingentemente. Mientras que según una idea común, atribuida al positivismo jurídico, «derecho» es lo que satisface las condiciones que en general, y sobre todo por los jueces y demás juristas, se exigen para ser derecho, cualesquiera que sean, la teoría que sostiene nuestra hipótesis rechaza esa *semántica criteriológica* y defiende en su lugar una *semántica realista* o referencialista, según la cual «derecho» es el fenómeno que efectivamente se denominó así y no la idea o representación mental que había o hay sobre él.

Como es sabido, la teoría semántica según la cual los nombres propios y los términos de clase natural significan los individuos y las clases que refieren se debe a Saul Kripke y a Hilary Putnam. Según Kripke, cuando hablamos de Aristóteles damos a este nombre un significado preciso y estable, que es la persona histórica a la que referimos, y no un significado variable compuesto por las descripciones que asociamos con ella, tales como «filósofo griego maestro de Alejandro Magno»⁵⁹. Quienes hablan de Aristóteles pueden manejar diferentes descripciones de él y sin embargo hablan de lo mismo: la persona concreta que el nombre refiere. Las descripciones asociadas al nombre pudieron contribuir a fijar su significado, pero no *son* su significado; lo cual se comprueba –observa Kripke– en que de otro modo dichas descripciones se aplicarían al nombre necesariamente y no de manera contingente, como ocurre en realidad. Aristóteles fue maestro de Alejandro Magno, pero pudo no haberlo sido. Esta misma visión de los nombres propios como *designadores rígidos* de una referencia precisa la traslada Putnam a las palabras que nombran clases naturales, como «oro» o «agua»⁶⁰. Según Putnam, cuando hablamos del agua damos a esta palabra un significado rígido, que es la referencia que

⁵⁹ KRIPKE, S., *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980. Orig. «Naming and Necessity», *Semantics of natural language*, Reidel, Dordrecht, 1972, pp. 235-355. Hay trad. de Valdés, M.: *El nombrar y la necesidad*, UNAM, México, 2005 (2.ª ed.).

⁶⁰ PUTNAM, H., «The Meaning of 'Meaning'», *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 7: *Language, Mind, and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975, pp. 131-93. Hay trad. de Acero, J.J.: «El significado de 'significado'», *Teorema*, vol. 14, n. 3-4, 1984, pp. 345-406.

designa –esto es, la sustancia cuya composición molecular en estado puro es H_2O – y no el conjunto de descripciones que asociamos con ella, tales como «líquido incoloro, inodoro e insípido» o «lo que cae en la lluvia». Las descripciones de la clase natural ayudan a vincularla mentalmente con la palabra que la designa, pero no son su significado. El significado no está en la mente, pues es la referencia misma⁶¹.

Según esta teoría, los términos de clase natural adquieren a menudo su significado al vincularlos ostensivamente con su referencia –*Llamemos ‘agua’ a esto* (H_2O)–, y ese significado original se mantiene salvo que haya un cambio semántico y quiebre la cadena que conecta la palabra con su causa. Pero también puede suceder que el término de clase natural se forme y adquiera significado por conexión con alguna descripción de dicha clase. Por ejemplo⁶², si definimos *metro* con una descripción –la longitud de cierta fracción del meridiano terrestre, o de una barra patrón, o del trayecto de la luz en cierto instante–, *metro* significa la longitud que designa y no las descripciones contingentes con que la medimos. La descripción bautismal fija la referencia de la palabra, pero el significado es esta referencia y no la descripción con se fijó. De esta manera, el significado de la palabra *metro* no cambia si se descubre (como sucedió) que la estimación de la longitud del meridiano terrestre cuando se definió la palabra estaba equivocada. Porque *metro* significa la longitud que se denominó así; aunque originalmente se hubiese descrito mal. En la terminología de Kripke, «metro» es un *designador rígido*, porque designa una longitud determinada en cualquier mundo posible en que la midamos y sea cual sea la descripción que le demos.

Traslademos ahora todo esto al concepto de derecho y a la discusión de Finnis. La hipótesis que consideramos es que «derecho» (por «derecho positivo») es un designador rígido de una referencia que quedó fijada como el significado de esa palabra por una descripción bautismal que sirvió de definición

⁶¹ También en este caso el error de identificar el significado de un término de clase natural con las descripciones que le damos se comprueba en que de ser así la identidad de la clase con sus descripciones sería necesaria, cuando en realidad es contingente. Los hablantes de español no llaman «agua» a un líquido incoloro, inodoro e insípido que cae en la lluvia, sino precisamente al líquido compuesto de H_2O (lo sepan o no); y el hecho de que el H_2O tenga esas propiedades es solo contingente. Como argumenta Putnam, podría haber un planeta con un líquido con las mismas propiedades que el agua terrestre pero compuesto de XYZ en vez de H_2O ; en cuyo caso si Óscar viaja a ese planeta y llama «agua» a ese líquido cometería un error, porque «agua» designa el compuesto H_2O y no cualquier cosa que tenga sus mismas propiedades.

⁶² KRIPKE, S., *Naming and Necessity*, op. cit., pp. 54 y ss. y 75 ss; trad., pp. 77 ss.

fundacional; y que dicha referencia sigue siendo el caso central de derecho y el significado nuclear de «derecho» porque los hablantes mantuvieron la conexión semántica causal que va desde aquel bautizo hasta hoy, incluso con transición y traducción entre lenguas. Para hacerla más plausible, la hipótesis no sostiene que el derecho es producto de la naturaleza y forma una clase natural, sino que su rigidez se debe a la función que cumple y a las propiedades que *necesita* tener para cumplirla. En el argumento de Finnis, la función central del derecho es coordinar las acciones de los miembros de una comunidad para su bien común. La hipótesis, entonces, es que hay una clase funcional de derecho que es la referencia original de «derecho» y su significado focal⁶³.

Pues bien, ¿cuál pudo ser el momento bautismal que fijó originalmente esa referencia? Finnis nos dice que «la primera articulación del *derecho positivo* como una categoría o término técnico, y la primera explicación adecuada del referente de ese término, fueron por moralistas» [*y canonistas*», añade en nota]⁶⁴. Según él, la noción se acuñó a mediados del siglo XII entre juristas franceses y de formación francesa, en la primera generación de glosas al *Decretum* de Graciano; y fue desarrollada por Santo Tomás de Aquino a partir de 1254 en su obra *Comentario a las 'Sentencias' de Pedro Lombardo*⁶⁵. Finnis subraya, y argumenta con detalle, que las leyes positivas de las que habla Santo Tomás de Aquino «siempre se presupone que son unas suficientemente razonables»⁶⁶. Más aún, para el aquinate «todo derecho humano positivo, a menos que sea una mera *corruptio*, se deriva de ese conjunto de criterios llamados tradicionalmente la *lex naturae*»; para lo cual sigue dos vías: «(1)

⁶³ Un argumento iusnaturalista según el cual el derecho es una «clase funcional» con rasgos *necesarios* (independientes de los que contingentemente se le atribuyen) lo desarrolla: MOORE, M.S., «Law as a Functional Kind», *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 188-242; esp. p. 200: «Un iusnaturalista debería decir que la esencia del derecho es tal que incluye la justicia, entre otras cosas. *Necesariamente*, esto es, si un sistema, norma o decisión es injusta, no es *jurídica*. No ya como cuestión de uso convencional de la palabra 'derecho' (necesidad analítica); ni como cuestión de prácticas sociales universales (necesidad contingente); sino como cuestión de la naturaleza de una de las cosas que existen en el mundo, a saber: el derecho». La teoría de Finnis no emplea este argumento, pero es aplicable a su tesis de que el caso central del derecho tiene la función necesaria de promover el bien común de la comunidad que rige.

⁶⁴ FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *op. cit.*, p. 31.

⁶⁵ FINNIS, J., «The Truth in Legal Positivism», *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 195-214. Se cita por *Collected Essays*, vol. IV (*Philosophy of Law*), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 174-188; pp. 174-175.

⁶⁶ FINNIS, J., «The Truth in Legal Positivism», *op. cit.*, p. 175.

por conclusión desde los principios, y (2) por *determinatio* o concreción de generalidades»⁶⁷. El relato de Finnis continúa analizando cómo Santo Tomás definió también el nuevo concepto de la *lex humanitus posita* en términos de las conocidas categorías jurídicas de *ius gentium* y *ius civile*. Pero la tesis que sobre todo nos interesa ahora es que en ese momento bautismal, «la afirmación de la positividad de todas las leyes humanas es consistente con reconocer las (diversas) maneras en las que cada ley es justificable moralmente (¡si lo es!)»⁶⁸. En otras palabras, según la interpretación histórico-filosófica de Finnis, cuando se formó el concepto de «derecho positivo» este quedó vinculado con la justificación y la obligatoriedad moral; no como requisito excluyente de la nueva categoría –pues se asumió que algunas leyes positivas son tan injustas que no obligan moralmente–, pero sí como condición de pertenencia plena.

Asumamos que tiene razón Finnis (o la interpretación de Finnis que acabo de exponer) y que el concepto, la categoría y la denominación del derecho positivo tienen su momento fundacional en la teoría jurídica, filosófica y teológica de los siglos XII y XIII, y especialmente en la obra principal de su mejor exponente: la *Summa Theologiae* de Santo Tomás de Aquino. Asumamos, entonces, que la referencia original de *derecho positivo*, cuando la expresión fue acuñada, es un complejo de normas promulgadas por autoridades humanas cuyo sentido pleno es gobernar una comunidad con justicia. Asumido esto, ¿tiene fundamento aplicar la teoría causal de la referencia a la noción de *derecho* (entendido como derecho positivo)? Recordemos que la hipótesis en examen es que «derecho» significa actualmente lo que quedó fijado como referencia de esa noción cuando se formó. Esto es, con la explicación histórica de Finnis resultaría que *derecho* es ante todo la legislación autorizada que obliga moralmente, y aunque hay otra legislación que también es derecho accesoriamente, el concepto requiere distinguirlas. Y lo interesante, de acuerdo con la teoría del significado que estamos aplicando, es que el significado de «derecho» así entendido es el fenómeno descrito como referencia en el momento bautismal

⁶⁷ FINNIS, J., «The Truth in Legal Positivism», *op. cit.*, p. 182; remitiendo a *Summa Theologiae*, esp. I-II, q. 95. Por tanto, en el concepto de «derecho positivo» que aquí se acuña, como leyes establecidas por una autoridad humana, tienen cabida tres subcategorías. En primer lugar, y por derecho propio (valga la figura), los principios del derecho natural y las normas deducibles de ellos, que obligan moralmente por su racionalidad intrínseca. En segundo lugar, y por voluntad de la autoridad legítima, las leyes justas que esta decide promulgar, las cuales también obligan moralmente por su origen y su justificación. Y en tercer lugar, residualmente, las leyes injustas, corruptas, que imitan y pervierten el derecho sin llegar a serlo plenamente (*simpliciter*).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 189.

—la legislación autorizada y justa, en nuestra hipótesis— y no su descripción —«la legislación autorizada y justa», digamos—; de manera que las descripciones del derecho pueden cambiar y afinarse sin que por ello cambie el significado de «derecho». En consecuencia, según esta hipótesis el derecho no es, por decirlo así, lo que Santo Tomás de Aquino describió que era o pensó que era, ni tampoco lo que quienes le siguen en la actualidad, como Finnis, describen o piensan que es. El derecho es, más bien, lo que esas descripciones pretenden designar con mayor o menor acierto. El derecho, en definitiva, no se conoce por sus sucesivas descripciones, sino —en su caso— por el razonamiento práctico que lleva a reconocer qué legislación es autorizada y justa.

La hipótesis presentada se apoya en un armazón frágil —la tesis de que el derecho tal como lo concibieron unos juristas y filósofos medievales es todavía hoy el derecho propiamente dicho— y se sostiene con dificultad. Es obvio que quienes hoy hablan o teorizan sobre el *derecho* no tienen en mente esa noción iusfilosófica medieval, pero pudiera ser que se estén refiriendo a ella sin saberlo (igual que quienes antiguamente hablaban del agua se referían al H₂O sin saberlo). Sin embargo esto es inverosímil, porque las discusiones sobre el derecho muestran que éste también se concibe de manera incompatible con esa noción medieval, y no hay visos de que esta sea reconocida como la descripción verdadera o el patrón para detectar errores. La descripción que dio al derecho Santo Tomás de Aquino no es para la teoría jurídica una revelación como la que supuso la descripción del agua como H₂O. La discusión sobre la naturaleza del derecho y el significado de «derecho» no se zanja explicando cómo lo entendieron unos sabios del pasado.

Alternativamente, cabe argumentar que el derecho es centralmente lo que Santo Tomás de Aquino y Finnis dicen que es porque (o cuando) se usa «derecho» como un nombre propio para referirse precisamente a eso. Como en español los nombres propios se escriben con mayúscula inicial, una expresión del argumento es que «el Derecho es moralmente obligatorio, aunque no todo derecho lo es». Algunos juristas y editores prefieren escribir «Derecho» al nombrar el derecho objetivo, y esta práctica anómala en la ortografía del español podría tener una justificación insospechada: están designando un concepto específico de derecho, al cual le dan el nombre propio de Derecho⁶⁹.

⁶⁹ El supuesto sería análogo al empleo de la palabra «dios». Como nombre común significa 'ser supremo' en las religiones monoteístas y 'deidad' en las politeístas; pero es un nombre propio, y se escribe «Dios», cuando designa el ser supremo específico que presupone el cristianismo.

Siendo así, cuando Finnis escribe sobre «*the law*» podría estar aludiendo al Derecho cuyo caso central es razonable, y no al derecho tal como se concibe usualmente. Con esta acepción idiosincrática del término y del concepto que designa, el método del caso de central deja de ser problemático: algunas formas de derecho son más propiamente Derecho que otras y se reconocen con el razonamiento práctico. Pero ocurre que todo este supuesto argumento es solo un experimento, porque ni Finnis se ocupa de un derecho *sui generis* llamado «Derecho», en vez del derecho que está a la vista de todos y del que trata la teoría jurídica; ni habría razón metodológica para esa especialización. La teoría jurídica debate sobre el concepto y la naturaleza de derecho porque toma como «derecho» una noción controvertida en algunos aspectos y compartida en otros; y es la porción compartida –la intersección de concepciones– lo que hace que la discusión tenga sentido. La teoría jurídica sería algo muy diferente, y su interés se agotaría pronto, si se limitase a promover conceptos y descripciones diversas de Derecho, entendido como el nombre propio de la versión del derecho que cada concepción cree justificada o razonable.

Sin perjuicio de que Finnis o quien sea pueda teorizar sobre el derecho en cuanto una determinada clase funcional, o del Derecho en cuanto un determinado sistema jurídico –en cuyo caso las propiedades centrales de ese derecho o Derecho serán las de esa clase o ese sistema específicos–, parece indiscutible que la teoría jurídica que importa, y en la que queremos contar con Finnis, debate sobre qué es el derecho tal como se viene presentando históricamente. Y el derecho histórico no se deja describir plausiblemente como una clase natural o siquiera funcional, ni mucho menos como un fenómeno singular bautizable con un nombre propio. El derecho se ha manifestado históricamente con rasgos distintos y cambiantes, y esto ha repercutido en el significado de la palabra con que se ha ido nombrando, sea «*ius*», «derecho» o «*law*», y también tiene que repercutir en el concepto que forme la teoría (lo cual no impide formar un concepto de derecho diacrónico, que dé cuenta de ese carácter evolutivo). En este punto, el derecho no es muy distinto que la filosofía, pues también su nombre y su concepto han experimentado unos cambios fundamentales que impiden tratarla como una categoría fijada y precisa. La filosofía es actualmente una reflexión sistemática sobre aquello que la ciencia no contesta satisfactoriamente; pero originalmente era simplemente la búsqueda ordenada de conocimiento y abarcaba lo que hoy investiga la ciencia (Aristóteles hacía *filosofía* estudiando tanto silogismos como aves). Para formular un concepto de filosofía hoy no hay que suponer que su caso central depende de cómo la entendieron los primeros filósofos griegos, aunque esa raíz fundacio-

nal sea importante. Con el derecho ocurre algo parecido: para indagar hoy su concepto no hay que suponer que su caso central lo fijó una concepción filosófica histórica concreta, aunque tampoco se deben desconocer las que han sido influyentes⁷⁰. Formular un concepto de derecho provechoso requiere tener en cuenta lo que históricamente se ha llamado «derecho» (o «*ius*», «*law*», etc.); lo cual implica que la variación y el cambio constatables en el fenómeno así denominado deben ser reconocidos en el propio concepto. Esto no quiere decir que el derecho sea sin más lo que se llama «derecho» en un momento dado o en una secuencia histórica, porque los hablantes pueden confundirse; pero sí presupone que el concepto de derecho depende de las razones semánticas por las que algo se nombra «derecho».

La relación un tanto equívoca entre el concepto de derecho y la semántica de «derecho» puede explicarse, tal vez, diferenciando niveles de abstracción al interpretar la palabra y captar el concepto. Quienes defienden el positivismo jurídico «criteriológico» suelen adoptar esta estrategia. El argumento podría discurrir como sigue. En el nivel superior de abstracción, el derecho –en cuanto fenómeno cuyo concepto formulamos– es aquello que en la práctica reconocen como «derecho» (o con términos equivalentes) los miembros de una comunidad humana dada (por lo que la amplitud del fenómeno y la abstracción de su concepto dependen en primer lugar de la extensión sincrónica o diacrónica de la comunidad en la cual se investiga). Ahora bien, la razón por la que se reconoce el «derecho» no es evidente y hay teorías encontradas sobre cómo identificarla. Se discute, para empezar, si el reconocimiento se da tras aplicar unos criterios de pertenencia, por establecer una conexión causal con una referencia primigenia, o quizás al percibir una semejanza con un paradigma que cumple tales criterios o tal conexión causal. El reconocimiento del «derecho» lo investigan la lexicografía y la teoría jurídica con métodos complementarios; y si es una práctica controvertida para ellas es de esperar

⁷⁰ El derecho resulta de actividades e interpretaciones sociales cambiantes y solo por razones contingentes ha conservado un concepto y una denominación homogéneos. Hablamos hoy de «derecho español vigente» y de «derecho romano preclásico» como si «derecho» designase lo mismo en ambos casos, cuando no es así. Una evolución del idioma contrafáctica podría haber desarrollado términos diferenciados para ambas expresiones, en vez de permitir usar «derecho» en ambas. Compárese con «humor», que fue en tiempos un término médico que nombraba los líquidos del organismo, pero ya dejó de cumplir esa función, por lo que ahora no hay confusión posible entre aquel significado de «humor» y otros que fue adquiriendo. En cambio, a la palabra «derecho» le ocurre más bien lo que a «circo», porque cuando hoy decimos «circo romano» y «circo ruso» la palabra varía tanto de significado que es solo aparentemente la misma.

que muchos partícipes no sean conscientes de las razones subyacentes en esa práctica, y que cometan errores. Es explicable, en fin, que algunos miembros de la comunidad llamen «derecho» a lo que según ella no lo es. Descendiendo de nivel de abstracción, con la perspectiva del positivismo jurídico hartiano cabría sostener que un fenómeno ϕ se reconoce como «derecho» y es derecho en una comunidad dada si (a) los miembros de dicha comunidad por lo general aceptan y acatan la autoridad de unas personas y órganos para prescribir conductas en ella en forma de «derecho»; y (b) ϕ cumple los criterios que dichas autoridades aceptan y siguen en la práctica para considerar que algo es «derecho». Estos metacriterios (a) y (b) son obviamente elaboraciones teóricas, no pautas que se siguen conscientemente. Por eso hay aquí una nueva ocasión de error: una parte de los miembros de la comunidad de referencia, incluida parte de sus autoridades, puede aceptar como «derecho» algo que no cumple los requisitos para serlo.

Según esto, el derecho no es exactamente lo que un grupo social denomina «derecho», sino más bien lo que cumple las condiciones abstractas para que sea reconocido como derecho en el grupo. Y estas podrían ser hoy (plausiblemente) las condiciones aceptadas y aplicadas por unas autoridades obedecidas y consistir en criterios de pertenencia, o en el vínculo histórico con una referencia original o en una relación de afinidad con un modelo paradigmático. La controversia y el error respecto de qué es derecho en una sociedad –qué satisface las condiciones abstractas en que algo es derecho– no desmiente que posea una noción común de *el derecho*. El reto inicial de la teoría jurídica es detectar el concepto común de derecho operativo en un cierto ámbito espacial y temporal, para lo cual ha de partir del uso lingüístico registrado por la lexicografía; con el fin ulterior de comparar con él y entre sí las concepciones sobre el derecho vigentes y desarrollar la mejor. En este empeño, la teoría jurídica debe distinguir la mejor descripción del derecho de la descripción del derecho mejor; y diferenciar también entre el fenómeno del derecho y las intuiciones y concepciones que cada uno mantiene sobre él. Pero ni llevar a cabo estas distinciones es fácil o del todo factible, ni importan porque sea preferible describir el derecho que decir cómo debe ser o porque no tengan valor las reflexiones sobre el derecho basadas en intuiciones y preferencias informadas. En este sentido, aunque lo que he argumentado en este trabajo fuese correcto, la contribución de *Natural Law and Natural Rights* a la teoría del derecho seguiría siendo sustancial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, R., «Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, n. 2, 2013, pp. 97-110.
- DICKSON, J., «Law and Its Theory: A Question of Priorities», *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 361-378.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986. Hay trad. esp. de C. Ferrari: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- ENDICOTT, T. A. O., «Herbert Hart and the Semantic Sting», *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 39-57. Orig. en *Legal Theory*, vol. 4, 1998, pp. 283-300.
- «How to Speak the Truth», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, n. 1, 2001, pp. 229-248.
- ENDICOTT, T., «The Irony of Law», *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 327-345.
- FINNIS, J., «Describing Law Normatively» [2003], *Collected Essays*, vol. IV (*Philosophy of Law*), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 23-45. Originalmente «Law and What I Truly Should Decide», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, n. 1, 2003, pp. 107-129.
- «Natural Law: The Classical Tradition», *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-60.
- *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980 y 2011 (2.^a ed. con *Postscript*). Hay trad. de Cristóbal Orrego: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- «Positivism and 'Authority'» [1987], *Collected Essays*, vol. IV (*Philosophy of Law*), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 74-87.
- «On Reason and Authority in Law's Empire», *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, pp. 357-380; y en *Collected Essays: Volume IV (Philosophy of Law)*, Oxford University Press, Oxford, pp. 280-298 (por donde se cita).
- «Reflections and Responses», *Reason, Morality, and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 459-584.
- «The Truth in Legal Positivism», *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 195-214. Se cita por *Collected Essays*, vol. IV (*Philosophy of Law*), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 174-188.
- HAMLIN, D. W., «Focal Meaning», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 78, 1977-1978, pp. 1-18.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Hay trad. esp. De Carrió, G.C.: *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1980 (2.^a ed.).
- «Postscript», en la 2.^a ed. de *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-307. Hay trad. esp. de Tamayo y Salmorán, R.: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, UNAM, México, 2000.

- IRWIN, T. H., «Homonymy in Aristotle», *The Review of Metaphysics*, vol. 34, n. 3, 1981, pp. 523-544.
- KEOWN, J. y GEORGE, R. P. (eds.), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- KRIPKE, S., *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980. Orig. «Naming and Necessity», *Semantics of natural language*, Reidel, Dordrecht, 1972, pp. 235-355. Hay trad. esp. de M. Valdés: *El nombrar y la necesidad*, UNAM, México, 2005 (2.ª ed.).
- LEGARRE, S., «El concepto de derecho en John Finnis», *Persona y Derecho*, vol. 40, 1999, pp. 65-88.
- LEITER, B., «Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence» [2003], *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 153-181.
- MACKLEM, T., «Ideas of Easy Virtue», *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 346-360.
- MOORE, M. S., «Law as a Functional Kind», *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 188-242.
- MURPHY, M.C. «Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence», *Institutionalized Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 45-60.
- PUTNAM, H., «The Meaning of 'Meaning'», *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. 7: *Language, Mind, and Knowledge*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1975, pp. 131-93. Hay trad. esp. de Acero, J.J.: «El significado de 'significado'», *Teorema*, vol. 14, n. 3-4, 1984, pp. 345-406.
- RAZ, J., «The Problem about the Nature of Law» [1983], *Ethics in the public domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 197-209.
- «Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison», *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 1-37.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, V., «Is Finnis Wrong? Understanding Normative Jurisprudence», *Legal Theory*, vol. 13, n. 3-4, 2007, pp. 257-283.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El iusnaturalismo de John Finnis», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 10, 1993, pp. 375-406.
- ROSCH, E. «Categorization», *Cognition and Pragmatics*, John Benjamins, Amsterdam / Philadelphia, 2009.
- SCHROETER, F; SCHROETER, L. y TOH, K., «A New Interpretivist Metasemantics for Fundamental Legal Disagreements», *Legal Theory*, vol. 26, 2020, pp. 62-99.
- STAVROPOULOS, N., *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones filosóficas* [1953], trad. de Moulines U. y García Suárez, A., Grijalbo, Barcelona: Grijalbo, 1988.